

*Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken Algemeen Deel*****

W.H. van Boom¹

Verschenen in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR) 2015/4, p. 122-131

1. Vier sterren

In deze bijdrage recenseer ik het boek *Algemeen Deel***** van J.B.M. Vranken, dat in 2014 verscheen in de Asser-serie.² Het boek vergelijkt het werk van de civiele rechter en de privaatrechtswetenschapper en vraagt of er naast een methodologie van rechtsvinding ook een methodologie van rechtswetenschappelijk onderzoek is in het privaatrecht.³ Daarmee is de cirkel volgens Vranken zelf ongeveer rond, want in 1978 promoveerde hij op methodologie van rechterlijke rechtsvinding⁴ en in dit *Algemeen Deel***** wordt die methodologie vergeleken met privaatrechtelijk onderzoek. Dit boek, dat volgens Vranken om die reden dus ook '*Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek*' had kunnen heten, onderzoekt of de manier waarop een privaatrechtswetenschapper omgaat met het privaatrecht, in essentie verschilt van die van de rechter. Volgens Vranken luidt in de 'gangbare benadering' het antwoord op die vraag ontkennend.⁵ In de gangbare benadering moeten beiden het immers hebben van debat, argumenteren, motiveren en overtuigen van de deelnemers van het 'forum'. Die benadering wordt door Vranken op houdbaarheid getoetst. De fora verschillen, is het werk dan niet ook verschillend? Centraal staat dus de vraag of, en zo ja, waarin de 'conventies, informele praktijken, eisen en spelregels' voor de rechter en de onderzoeker verschillen. Vranken koppelt dus het beeld van 'het forum', of 'de arena' waarbinnen de rechter en onderzoeker elk opereren, aan methodologie van hun werkzaamheden. Dat woord 'methodologie' gebruikt hij overigens nauwelijks; hij spreekt steeds over 'conventies, informele praktijken, eisen en spelregels' wanneer hij methodologie bedoelt.⁶ Waarom het *m-woord* wordt gemeden, is mij niet duidelijk geworden. De doelstelling van het boek is het dichtn van een gat in onze kennis. Een vergelijkende studie van de beide fora die de geschetste 'gangbare benadering' op houdbaarheid toetst,

¹ Hoogleraar te Leiden. Met dank aan Janna Vermolen voor onderzoeksondersteuning. Wanneer in de voetnoten naar het besproken boek wordt verwezen, geschiedt dat zonder nadere bronvermelding. Ik verwijs specifiek naar de betreffende pagina's van het gerecenseerde boek, zelden naar de nummers. Bij wijze van verantwoording: omdat dit een recensie is, werd geen onderzoeksvraag geformuleerd en werd bronnenmateriaal verre van uitputtend verzameld en aangehaald. Het gerecenseerde boek en de opvattingen van de recensent stonden centraal.

² J. B. M. Vranken, *Algemeen deel***** (Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2014.

³ Voor de vraagstelling zie men p. vii; p. 3.

⁴ J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding: Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1978, p. 1 e.v.

⁵ P. 239.

⁶ Zie het besproken boek, p. 4; p. 37. Over het begrip 'methodologie' en wat dat zoal kan inhouden, zie bijv. de verwijzingen bij W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2013, p. 7 e.v.

ontbreekt namelijk. Dit boek wil daarom een eerste aanzet zijn voor die vergelijking.⁷ Maar Vranken heeft ook een andere agenda, en daar is hij open over. Hij neemt de handschoenen op tegen de weerstand in de privaatrechtswetenschap tegen methodologie.⁸ Het boek is een open pleidooi voor betere verantwoording van onderzoeksvraag, methode en bronnenverantwoording, voor het gebruik van inzichten uit sociale wetenschappen en het samenwerken op het snijvlak van recht en andere disciplines.

De opbouw van het boek is eenvoudig. Het boek bestaat uit een inleiding, waarin de centrale vraag en een centrale hypothese wordt geformuleerd, en op die inleiding volgen zeven hoofdstukken. Vranken giet zijn centrale vraag in de vorm van een hypothese, namelijk ‘dat de conventies, informele praktijken, eisen en spelregels die in beide fora aan het debat worden gesteld, vaker en fundamenteeler van elkaar verschillen dan meestal wordt aangenomen’.⁹ De toetsing van de hypothese wordt beperkt tot twee hoofdonderwerpen: de onderzoeksvraag en de omgang met bronnen en bronnenverantwoording. Bovendien ligt de nadruk wat betreft de wetenschapper op drie producten: dissertaties, annotaties en artikelen in bundels en tijdschriften.¹⁰ Het onderzoek is verkennend, ‘al zullen verklarende en normatieve elementen niet helemaal ontbreken’.¹¹

Hoofdstuk 1 schetst een beeld van de huidige privaatrechtswetenschappen als een ‘pluriforme’ wetenschap; hoofdstuk 2 werkt de gedachte uit dat rechter en onderzoeker elk voor zich opereren binnen een eigen forum, waar eigen regels – geschreven en ongeschreven, uitgesproken en impliciet – gelden waarmee men de kwaliteit van het betreffende werk beoordeelt. In de hoofdstukken 3 en 4 worden het werk van rechter en onderzoeker vergeleken op het punt van de vraagstelling die zij in hun werk centraal stellen en op het punt van de feitenverzameling en -vaststelling. De these in deze hoofdstukken is dat de onderzoeker veel meer vrijheid geniet en dus meer verantwoording dient af te leggen wat betreft de gekozen onderzoeksvraag en het gekozen ‘perspectief’. Ook komt Vranken langzaam tot de vaststelling dat dissertaties en artikelen verder weg liggen van de manier van werken van een rechter dan annotaties. Hoofdstuk 5 betreft de manier waarop onderzoekers hun bronnen (moeten) verzamelen, analyseren en verantwoorden. In hoofdstuk 6 komen methoden van rechtsvergelijking aan de orde, maar doet Vranken ook een verkenning van met name empirische methode. Hij wijst er op dat het gebruik daarvan kan bijdragen aan de probleemanalyse in de voorfase van het onderzoek, aan de feitelijke onderbouwing van het juridisch betoog, aan de inventarisatie van mogelijke effecten van voorgestelde of voorgenomen regels en aan het vinden van verschillende oplossingsalternatieven.¹² Hoofdstuk 7 biedt conclusies, in de vorm van controleerbare citaten van de deelconclusies en een schematische weergave van de belangrijkste bevindingen. Die conclusies zijn voorzichtig en zoekend; er zijn op veel punten nog geen harde conventies, informele praktijken, eisen en spelregels voor de juridisch-dogmatische privaatrechtswetenschap.

Het boek is zorgvuldig afgewerkt met de gebruikelijke inhoudsopgave, registers en dergelijke, maar ook met een uitgebreide inhoudsopgave, een leeswijzer en een verantwoording waarin Vranken uitlegt hoe het boek in elkaar steekt, hoe het zich verhoudt tot de delen ** (1995) en

⁷ P. 49.

⁸ Vgl. p. 104.

⁹ P. 4. Zie ook p. 64 noot 1, waar wordt aangegeven dat de onderzoeksvraag van het boek in de vorm van een veronderstelling is geformuleerd.

¹⁰ Zie over deze afbakening het besproken boek, p. 51-52.

¹¹ P. 5. Ik weet overigens niet of het gebruikelijk is in andere wetenschappen om een hypothese te formuleren bij verkennend onderzoek, maar dat terzijde.

¹² P. 219.

*** (2005) en waarin hij aangeeft dat sommige delen van het boek voortbouwen op eerdere publicaties, die herschreven en opnieuw overdacht werden.

Wat betreft de verhouding tot de eerdere delen nog dit. Algemeen deel** (1995) concentreerde zich op de gereedschapskist van de rechter, dus kortweg rechterlijke rechtsvinding.¹³ Deel*** (2005) postuleerde zeven vooronderstellingen van privaatrechtelijk denken.¹⁴ Dit deel **** (2014) vat naar mijn mening niet de vorige twee edities samen. Het bouwt voort maar slaat ook echt andere richtingen in. De boeken uit 2005 en 2014 passen wat dat betreft beter bij elkaar. Deel** (1995) ging écht over de rechter, terwijl de andere twee delen veel meer over de privaatrechtswetenschap gaan. Dat volgt naar mijn indruk ook uit de rol van rechtspraak in deze drie boeken. Er worden in 1995 nog 375 arresten van de Hoge Raad genoemd in het boek (het eerste arrest dateert van 1905), en dat duikt al naar 66 in 2005 (het eerste arrest dateert dan van 1950) en blijft gelijk op 66 in 2014 (het eerste arrest is van 1957).¹⁵ De rechter komt er in Deel**** voor mijn gevoel bekaaid van af, en dat mag ook wel want hij kreeg meer dan genoeg aandacht in de vorige twee delen.¹⁶ Ook in deze bespreking komt de rechter er bekaaid van af, want ik concentreer mij hierna op de privaatrechtswetenschap.

In de bespreking die hierna volgt, doe ik verslag van mijn leeservaring. Het boek is een prestatie van formaat, en laat ik deze bespreking dus beginnen en eindigen met welgemeende complimenten. De route van hier naar het einde van de bespreking voert echter vooral langs scepsis, kritiek en debat. Vranken zou het niet anders verwachten:

“Vragen, twijfel, niet overtuigd zijn, en bezwaren zijn gebruikelijke ingrediënten in reacties op onderzoek van anderen. Alleen maar lof komt nauwelijks voor. Men kan het ook zo formuleren dat het zich openstellen voor scepsis, kritiek en debat een grondregel is van wetenschap. Wetenschap is scepsis, kritiek en debat.”¹⁷

2. Van ‘juridisch-dogmatische’ privaatrechtswetenschap naar toetsing van een hypothese

Het construct ‘conventies, informele praktijken, eisen en spelregels’ laat zich op het eerste gezicht typeren als een geheel van normen en gewoonten – geschreven en ongeschreven – die deels voor buitenstaanders herkenbaar zijn en deels onzichtbaar zijn. Wil men zicht krijgen op dat construct, dan moet men vragen stellen als: wat staat er op papier? Houden de civilisten zich daar aan? Welke onuitgesproken ideeën over goed onderzoek hebben ze? Hoe handelen ze daarnaar? Om antwoorden te krijgen, kan men het geschreven en gesproken werk van civilisten analyseren, men kan ze interviewen, enquêteren, observeren. Dat maakt dat de door Vranken bedoelde ‘conventies, informele praktijken, eisen en spelregels’ van onzichtbaar tot

¹³ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

¹⁴ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer: Kluwer 2005.

¹⁵ Ik voeg daar aan toe dat het aantal pagina’s van deel **** (2014) 260 bedraagt (excl. voorwerk en registers) tegenover 154 rep. 159 bij de voorgaande delen. Dus relatief gezien is het aantal rechtspraakverwijzingen nog verder gedaald (als we aannemen dat het aantal woorden per pagina redelijk constant bleef). Een ander opvallend verschil tussen *** (2005) en **** (2014) is de verschuiving van aandacht voor buitenlandse nationale rechters. In deel ** (1995) werd geen enkele andere nationale rechter geciteerd, in deel *** (2005) werden 11 Engelse uitspraken (en geen rechtspraak uit andere landen) geciteerd en in deel **** (2014) treft men 5 Amerikaanse uitspraken aan (en geen rechtspraak uit andere landen).

¹⁶ De meeste aandacht krijgt de rechter op p. 85 e.v.

¹⁷ P. 134-135.

zichtbaar gemaakt kunnen worden en dus voor waarneming vatbare verschijnselen zijn. Men zou er bijvoorbeeld een rechtssociologische, empirische studie naar kunnen verrichten. Dat heeft Vranken niet willen doen, want het boek is geen verslag van empirisch onderzoek. Ik denk dat het boek dus het beste kan worden getypeerd als een ‘juridisch-dogmatisch’ boek in de brede zin die Vranken bedoelt. Wat bedoelt hij met ‘juridisch-dogmatisch’?

De veronderstelling van het boek is dat de hedendaagse privaatrechtswetenschap overwegend juridisch-dogmatisch van aard is (d.w.z. doctrinair onderzoek, gericht op analyse, bearbeiting en ontwikkeling van het positieve privaatrecht), maar dat er tal van ontwikkelingen zijn in verschillende richtingen – bijvoorbeeld meer aandacht voor empirischer, internationaler en theoretischer onderzoek – die maken dat er aanleiding is om te reflecteren op ‘de’ methodologie van privaatrechtswetenschap.¹⁸ Dat is al direct een moeilijk punt, want privaatrecht is een domein, een onderwerp, dat men met verschillende methodologie kan bestuderen. En omdat het boek kennelijk niet gaat over de methodologie van rechtshistorici, rechtstheoretici, rechtssociologen of rechtseconomen die zich bezighouden met privaatrecht,¹⁹ kunnen we beter zeggen dat de focus ligt op de methodologie van de juridisch-dogmatische bestudering van privaatrecht. Deel**** gaat dus welbeschouwd over hoe de werkzaamheden van ‘de’ juridisch-dogmatische onderzoekers van het privaatrecht zich verhouden tot het model van de rechterlijke besliskunst en tot andere methoden van wetenschappelijke bestudering van privaatrecht.²⁰ Heeft juridisch-dogmatische bestudering iets eigens, en waar is dat dan gelegen?²¹

Wat dit perspectief problematisch maakt, is dat Vranken die ‘juridisch-dogmatische’ bestudering deconstrueert: die bestudering is niet alleen het werk van becommentariëring van het positieve recht, maar bijvoorbeeld ook het gebruik van rechtsvergelijking, het gebruik van verhullende argumentatie bij rechtspolitieke juridische betogen en het gebruik van ‘externe perspectieven’ zoals empirisch materiaal.²² Het geschetste beeld is er aldus een van privaatrechtswetenschap als bestaande uit verschillende perspectieven op het bestudeerde object, waarbij het ene type onderzoek niet beter is dan het andere – handboeken zijn onmisbaar, zo volgt daar uit – en dat alle perspectieven waardevol zijn zolang ze maar kwaliteit hebben en perspectieven toevoegen.²³

Vranken gaat uit van dat pluriforme beeld bij zijn verdere behandeling,²⁴ maar hij komt er uitgebreid op terug in par. 3.3. Aldaar keert hij zich tegen diegenen die juridisch-dogmatisch onderzoek in enge zin opvatten en die kennelijk alleen consistentie en coherentie van het

¹⁸ Bijv. p. 7-9.

¹⁹ Dat is niet helemaal juist, want verschillende malen permitteert Vranken zich opmerkingen over bijv. rechtseconomie.

²⁰ Men kan de vraag stellen of privaatrecht bijzonder genoeg is om een eigen juridisch-dogmatische methodologie te verdienen naast andere domeinen zoals strafrecht en bestuursrecht, maar dat laat ik maar even in het midden.

²¹ Met die vraag houden bijv. ook T. Hutchinson en N. Duncan, ‘Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research’, *Deakin Law Review* 2012, p. 83 e.v., zich bezig.

²² P. 19 e.v. Op p. 214 wordt duidelijk dat hij deze externe perspectieven zoals empirische studies, als ‘hulpwetenschap’ voor juridisch onderzoek classificeert.

²³ P. 40. Ik leid uit p. 40, nt. 3, af dat waarde van perspectieven afgelezen moet worden aan de bijdrage die zij leveren aan vooruitgang in het recht, en dat is een toename van het aantal perspectieven. Overigens heb ik mij nog afgevraagd waarom Vranken hier ‘perspectieven’ gebruikt en niet ‘methodologie’; ik vermoed dat het er mee te maken heeft dat sommige van de nuanceringsen die aangebracht worden op de juridisch-dogmatische werkwijze geen volgroeide methodologie hebben, anders dan een van ‘cherry picking’ (vgl. daarover en over de gevaren daarvan bijv. T. Hartlief, ‘De civilist en de civiloloog. Hoe vergaat het de civilist bij het beoefenen van deze nieuwe (?) tak van sport?’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, the Hague: Bju | Eleven 2012, p. 33 e.v.)

²⁴ Aldus Vranken op p. 41.

rechtssysteem als onderzoeksperspectief aanvaarden.²⁵ Vranken bestrijdt deze opvatting (en trouwens ook de opvatting dat juridisch-dogmatisch onderzoek bij het grofvuil gezet kan worden).²⁶ In de eerste plaats is het naar zijn oordeel niet altijd duidelijk wat ‘het rechtssysteem’ inhoudt (zijn informatieverplichtingen in de Wft onderdeel van het privaatrecht?) en ordeningsvragen vergen dus een keuze in dat opzicht. In de tweede plaats zijn, als die keuze eenmaal is gemaakt, nog steeds tal van perspectieven denkbaar, zoals een normatief perspectief (‘is het systeem rechtvaardig?’). In de derde plaats vindt vernieuwing niet plaats door systeembewakers en behoort normatieve analyse die tot vernieuwing aanleiding kan geven, ook tot juridisch-dogmatisch onderzoek. De onderzoeker is niet, zoals de rechter, gebonden aan het rechtssysteem; hij maakt zich er bij voorkeur los van.

Waar ik moeite mee heb, is dat Vranken eerst zelf bij aanvang van het boek een ruime, ‘pluriforme’ omschrijving geeft van wat naar zijn oordeel onder ‘juridisch-dogmatisch onderzoek’ verstaan moet worden, en hij zich vervolgens te weer stelt tegen auteurs die een andere definitie hanteren. Dan dreigt een discussie over de vraag of men *binnen* of *buiten* het speelveld van juridisch-dogmatisch onderzoek staat. Als men dit type onderzoek op een inkluderende wijze definieert als ‘dat wat privaatrechtswetenschappers in Nederland doen’, dan is het *binnen*.²⁷ En binnen die kring zijn er vervolgens systeembewakers en hemelbestormers.²⁸ Of de ‘binnen versus buiten’ discussie een vruchtbare is, betwijfel ik eerlijk gezegd. Ik persoonlijk zou de discussie liever teruggebracht willen zien tot de *onderzoeksvraag*. Als die puur descriptief-hermeneutisch is (‘hoe luidt het recht op het vlak van de gevaarstelling?’), vergt deze namelijk een andere *methode* dan een normatieve onderzoeksvraag (‘dient de Hoge Raad een andere richting in te slaan op het vlak van de gevaarstelling?’). Aan onderzoeksvraag en methode herkent men het speelveld en kan men bijvoorbeeld systeembewakers onderscheiden van hemelbestormers, zou mijn veronderstelling zijn.²⁹

Ik begrijp trouwens goed waarom Vranken deze discussie voert en waarom hij een inkluderende definitie van de pluriforme privaatrechtswetenschap ingang wil doen vinden. Zijn agenda is immers – zoveel wordt duidelijk als men het boek uitgelezen heeft – het ontwerpen van een model van de eisen die men aan onderzoek in de privaatrechtswetenschap dient te stellen. En dan is het niet dienstig om te blijven steken in de vaststelling dat eigenlijk niet duidelijk is wie wel en niet tot het speelveld behoren. Vranken stelt namelijk in zijn boek de these centraal dat binnen het breed gedefinieerde speelveld van ‘juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek’ op dit moment al een gemeenschappelijke methodologie bestaat, maar dat die in veel opzichten impliciet blijft. Er zijn, zo constateert hij, nauwelijks codes of leidraden,³⁰ en de wél bestaande regels zijn grotendeels ongeschreven en impliciet:

‘Zo mogen bijvoorbeeld feiten en data niet willekeurig bij elkaar geraapt of eindeloos gemasseerd worden totdat ze passen. Ook rechtsvergelijkende gegevens mag men niet een-op-

²⁵ P. 72 e.v. Vranken noemt op p. 72 Westerman & Wissink 2008 en hij verwijst aldaar naar de auteurs op p. 8-18, waarmee vermoedelijk wordt bedoeld op Sieburgh 2008 en misschien ook wel Van Schilfgaarde 2010.

²⁶ P. 240.

²⁷ Erg onderscheidend is die definitie niet. Wie zijn die privaatrechtswetenschappers? Vallen leeropdrachten als ‘privaatrecht’ en ‘burgerlijk recht’ er wel onder, en ‘jeugdrecht’, ‘bouwrecht’, en ‘financieel recht’ niet?

²⁸ Vranken noemt op p. 184 nog meer types privaatrechtswetenschapper: hemelbestormer, koele analyticus, grondige graver, poëet, profeet, systeembouwer, nederige dienaar, pragmaticus, doener, denker, iterator, orakel, bespeler van de media.

²⁹ Ik verwijs naar mijn gedachten daarover in Van Boom 2013, p. 7 e.v.

³⁰ Bij geschreven normen geldt nog een ander probleem. VSNU, KNAW of zelfs decanen van rechtenfaculteiten kunnen met normen komen, maar zijn dat dan om die reden de gedeelde waarden in de privaatrechtswetenschap? Vgl. p. 128.

een overplanten in het eigen rechtsstelsel. Iedereen kent en erkent deze en andere 'regels'. Alleen: hoe luiden ze precies en waar liggen de grenzen? Daarover bestaat minder duidelijkheid (...) in het rechtswetenschappelijk forum'.³¹

Hier wordt overigens een kenmerk van het boek duidelijk: het scheidt niet duidelijk de werkelijkheid zoals we die kunnen kennen van andere dimensies, zoals de werkelijkheid die mogelijk bestaat maar niet gekend wordt en de werkelijkheid zoals die volgens de auteur zou moeten zijn. Als de bedoelde normen zo onuitgesproken zijn, hoe kunnen ze dan gekend worden?³² Van veel van de normen die Vranken benoemt in zijn boek, vind ik het persoonlijk wel aannemelijk dat ze onderschreven worden in de privaatrechtswetenschap. Van andere niet.³³ Van sommige denk ik dat ze nader debat vergen of nadere concretisering voordat we kunnen zeggen of ze gelden of niet. Bij bepaalde normen denk ik eerlijk gezegd dat Vranken zijn eigen oordeel vooropgesteld heeft. Mijn indruk is kortom dat het Algemeen Deel**** op dit punt geruisloos schakelt tussen hetgeen waarneembaar is, hetgeen plausibele speculatie oplevert over wat mogelijk geldt als gedeelde waarde maar niet als zodanig is uitgeschreven, en hetgeen naar het oordeel van Vranken zélf zou moeten gelden.³⁴ Het boek maakt niet altijd scherp onderscheid tussen die drie.³⁵ Dat is misschien ook niet altijd goed mogelijk, maar er is geen evidente markering aangebracht en dat maakt wel dat de terugkoppeling die op verschillende plaatsen naar de centrale hypothese wordt gemaakt, iets gewrongens heeft. Om het onaardig te zeggen: de hypothese suggereert een descriptieve analyse van de werkelijkheid ('vaker en fundamenteeler van elkaar verschillen'), vervolgens worden bij het formuleren van de normen die voor privaatrechtswetenschap gelden, kenbare bronnen van deze normen vermengd met blote stellingen over die bronnen én met eigen opvattingen, en ten slotte volgt dan de conclusie dat de hypothese niet verworpen is, zelfs goeddeels bevestigd is.³⁶ Daarmee heeft het optuigen en toetsen van de hypothese iets van een zelfvervullende wens.

3. Van gangbare opvattingen naar een hypothese

Vranken giet bij aanvang van het boek zijn centrale vraag in de vorm van een hypothese, namelijk 'dat de conventies, informele praktijken, eisen en spelregels die in beide fora aan het

³¹ P. 47-48.

³² Over dit probleem ook p. 128.

³³ Vranken wijst er zelf bovendien op (p. 121) dat Tijssen heeft gevonden dat er op het oog minder eensgezindheid bestaat onder 'juridisch-dogmatische onderzoekers' over de manier waarop zij te werk gaan. Dat zou toch te denken moeten geven: als juridisch-dogmatisch onderzoek geen eenheidsworst is, is er dan wel een gedeelde methodologie?

³⁴ Men kan dit 'schakelen' overigens wel op bepaalde punten zien, bijv. bij de overgang tussen nr. 90 (p. 128) en nr. 91 (p. 129). Ook in nr. 92 (p. 131-132) geeft Vranken aan dat *hij* krijtlijnen onderscheidt voor verantwoording van bronnengebruik en dat het nog jaren zal duren voordat het forum van privaatrechtswetenschap hier zelf gedeelde normen op zal hebben ontwikkeld. Zie ook p. 189, waar Vranken aangeeft dat hetgeen volgt over annotaties, eigen oordelen zijn en p. 254, waar wordt geconcludeerd dat geen harde conclusies getrokken kunnen worden.

³⁵ Vranken waarschuwt er in zekere zin voor op p. 5: het onderzoek is verkennend, 'al zullen verklarende en normatieve elementen niet helemaal ontbreken'. Hij stelt elders: "meningen en beweringen hebben geen wetenschappelijke status" (p. 192). Van die uitspraak alleen al kan men zich afvragen: is dat zoals het *is* in het Nederlands privaatrechtswetenschappelijk forum of zoals het *behoort te zijn*? Voor het doen van normatieve uitspraken heeft een privaatrechtswetenschapper een normatief toetsingskader nodig, aldus ook Vranken (p. 234; p. 260). Dat is onderontwikkeld in de hedendaagse privaatrechtswetenschappen. Ik zie het als onze gedeelde taak daar de komende jaren aan te werken.

³⁶ Zie resp. p. 79 en p. 123; p. 237.

debat worden gesteld, vaker en fundamenteeler van elkaar verschillen dan meestal wordt aangenomen' (p. 4). Bij lezing van het boek blijkt dat niet sprake is van een werkelijk toetsbare hypothese, het is meer een structurering van de centrale vraag van het boek. Immers, er vindt geen gesloten operationalisering van 'vaker' en 'fundamenteeler' plaats voorafgaande aan de toetsing.³⁷ De hypothese is veeleer bedoeld als denkraam dat zich gaandeweg verder ontwikkelt. Zo wordt de hypothese elders in het boek verfijnd, namelijk 'dat er behalve overeenkomsten veel, soms wezenlijke verschillen zijn, ook al doen zij zich niet bij alle typen onderzoek en bij alle drie soorten publicaties in dezelfde mate voor' (p. 52), en 'dat (strikt) juridisch-dogmatisch onderzoek meer vergelijkbaar is met bijvoorbeeld empirisch en multidisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek dan met rechtspraak' (p. 82).³⁸ Bovendien is de aanleiding voor de hypothese wat losjes geformuleerd. Het zou gaan om het toetsen van de 'gangbare opvatting'. Om de vraag vorm te geven, stelt Vranken een 'gangbare opvatting' – ook wel datgene wat 'meestal wordt aangenomen' – centraal die hij op houdbaarheid wenst te onderzoeken.

Ik denk dat Vranken hier beter niet het concept 'gangbare opvatting' had kunnen gebruiken. Het is namelijk niet goed mogelijk om zichtbaar te maken wat de 'gangbare opvatting' werkelijk is. Is de gangbare opvatting inderdaad dat privaatrechtswetenschap en rechterlijke rechtspraktijk een en hetzelfde discours zijn (p. 9-10)? Welke Nederlandse privaatrechtswetenschappers laten zich heden ten dage nog uit in die richting? Zijn dat Westerman, Wissink en Sieburgh, de personen die in het betoog als exponenten van deze opvatting worden genoemd? En zo ja, is het daarmee de 'gangbare opvatting'? Of zijn er nog meer? Of denken alle privaatrechtswetenschappers (impliciet) zo? Zijn we werkelijk zo beslissingsgericht,³⁹ zoals Vranken het noemt? Ik moet het antwoord bij gebrek aan (kennis van) kenbare bronnen toch schuldig blijven. We hebben geen 'Wetenschappelijke Bloedraad' die de rechte leer verkondigt; zelfs de Asser Adviesraad is dat niet. We houden geen enquêtes (ik reken de verkiezingen in de Mr. maar niet mee). En wie het onbetwiste wetenschappelijk geweten van de Nederlandse privaatrechtswetenschap is, durf ik niet te zeggen.

Dus of de beelden die Vranken oproept over wat gangbare opvatting is en wat niet, met de werkelijkheid overeenkomen, durf ik eigenlijk niet te zeggen. Ik kan me wel iets voorstellen bij de volgende redenering: privaatrechtswetenschappers die zich in hun werk concentreren op het nationale rechterlijk discours en dus ook proberen om rechtspraak mede te vormen, hebben in de ogen van rechters meer relevantie dan wetenschappers die dat niet proberen. Ik vermoed dat in dat Nederlandse rechterlijk discours daarom meer waarde wordt gehecht aan het oordeel van Henk Snijders en Jaap Hijma dan aan dat van Martijn Hesselink en Jan Smits. Maar betekent dat ook dat de gangbare opvatting is dat privaatrechtswetenschap en rechterlijke rechtspraktijk een en hetzelfde discours zijn? Ik zet hier toch vraagtekens bij, en ik vermoed dat (in elk geval) Hesselink en Smits dat ook zouden doen.

Wellicht was het beter geweest om niet 'gangbare opvatting' maar gangbare *praktijk* centraal te stellen en in kaart te brengen. Vranken probeert dat inderdaad ook, daar waar hij schetsmatig rapporteert dat een jaargang van WPNR en NTBR voor ongeveer 50% uit een bepaald type publicaties bestaat.⁴⁰ Dat levert een sterker beeld op, vind ik persoonlijk. Echter,

³⁷ Over de eis van operationalisatie, zie p. 66-67 en p. 160.

³⁸ Op p. 83 wordt overigens geconcludeerd dat annotaties en commentaren meer lijken op rechtspraak dan empirisch of multidisciplinair onderzoek en dat de hypothese in zoverre verworpen moet worden. Zie voor omschrijving en belang van multidisciplinair onderzoek in een juridische context bijv. p. 31-32 en p. 213.

³⁹ Over het beeld van 'beslissingsgerichtheid' van privaatrechtswetenschappers bijv. p. 160.

⁴⁰ P. 70 tekst en nt. 2. Ik ken de onderliggende berekeningen niet, maar ik begrijp nog niet goed hoe we eenvoudig artikelen kunnen coderen als 'vooral een bespreking van rechtspraak' of 'wetgeving' tegenover wetenschappelijke artikelen die een bredere blik hebben. In rechtspositieve beschouwingen wordt immers altijd rechtspraak en wetgeving betrokken.

zou men het echt goed willen onderzoeken, dan zou men die publicaties moeten laten coderen op al dan niet beslissingsgericht karakter en dergelijke. Niet eenvoudig, maar vermoedelijk wel wat transparanter dan het opgeroepen beeld van ‘gangbare opvatting’. Wetenschappers kunnen dan misschien wel blijken met de mond een brede opvatting over de gerichtheid van de privaatrechtswetenschap te belijden, maar zich in hun werk toch te beperken tot glossatorenarbeid.

4. Eisen aan onderzoek

In de hoofdstukken 3, 4 en 5 komt Vranken stapsgewijs tot een inventarisatie en analyse van de ‘conventies, informele praktijken, eisen en spelregels’ die aan privaatrechtswetenschap gesteld (moeten) worden.⁴¹ Het begint in hoofdstuk 3 met de *onderzoeksvraag*. Die moet er zijn en dient nieuwe kennis op te leveren. Eerder al beantwoorde vragen zijn dat niet, tenzij nieuwe gegevens of andere methoden worden gehanteerd. De eis van nieuwigheid wordt het sterkst gesteld bij dissertaties, iets minder bij artikelen, nog minder bij annotaties en studie- en handboeken.⁴² ‘Nieuwe kennis’ kan nieuwe theorievorming zijn – waarbij Vranken het begrip theorie in het privaatrecht breed omschrijft en daar zowel het concept ‘leerstuk’ onder vat als verklarende theorievorming.⁴³

Herhalingsonderzoek zou zinvol kunnen zijn, maar Vranken vraagt zich af of dit veel gebeurt in het recht en of het wel kan.⁴⁴ Hij werpt de vraag op of meerdere annotaties van eenzelfde uitspraak onder deze noemer vallen.⁴⁵ Dit is een interessante vraag. Na lezing van dit boek, ben ik geneigd om te zeggen dat annotaties in essentie (herhaalde) exploratieve duidingen van een uitspraak (wat is er beslist, hoe moet dat worden begrepen in het licht van wet en eerdere rechtspraak) zijn, in aanleg hypothese-genererende exploraties en daarmee vooronderzoek voor wetenschappelijk werk mét vernieuwende onderzoeksvraag.⁴⁶ Zo bezien kan men ook verklaren waarom annotaties wel belangrijk zijn, zoals ook Vranken betoogt,⁴⁷ maar toch niet zo belangrijk als wetenschappelijke publicaties met een vernieuwende onderzoeksvraag. Recensies lijken wat dit betreft veel op annotaties: belangrijk, maar niet het hoogst haalbare.⁴⁸

Er dient een *probleemanalyse* te zijn gemaakt. Privaatrechtswetenschap gaat gebukt onder slechte probleemanalyse door de gewoonte om zonder vooronderzoek een te brede onderzoeksvraag te formuleren, aldus Vranken. Dissertaties herhalen veel van wat al bekend is (handig voor de praktijk, dat wel) en leiden op die manier te weinig tot vernieuwende inzichten.⁴⁹ Omdat onderzoek doen een cyclisch proces is dat niet per se met een uitgewerkte onderzoeksvraag begint, moet goed *vooronderzoek* er voor zorgen dat een deugdelijke onderzoeksvraag aanwezig is zodra men echt aan het werk gaat en dat geen tunnelvisie ontstaat bij het schrijven. Aanpassingen in de onderzoeksvraag en uitvoering van het onderzoek moeten expliciet verantwoord worden om controleerbaarheid te optimaliseren.⁵⁰

Vervolgens worden concreet onder meer de volgende verantwoordingseisen aan de onderzoeksvraag behandeld:

⁴¹ Ook bij contractonderzoek is de onderzoeker verantwoordelijk voor naleving van deze regels, aldus Vranken op p. 57 nt. 1.

⁴² P. 57 e.v.

⁴³ P. 58-59.

⁴⁴ P. 164-165.

⁴⁵ P. 57 nt. 2.

⁴⁶ Vgl. ook p. 70, waar gesproken wordt van ‘het noodzakelijke voorwerk’.

⁴⁷ P. 79 e.v.

⁴⁸ Vgl. p. 165.

⁴⁹ P. 59 e.v.

⁵⁰ P. 62-63.

- de eis dat de onderzoeksvraag nieuwe kennis moet opleveren, impliceert de plicht om de bestaande kennis (kort) te benoemen en het onderzoek dus te plaatsen tegen de achtergrond van wat er al is
- de eis dat er wetenschappelijk en maatschappelijk belang bestaat bij beantwoording van de onderzoeksvraag
- de eis dat de onderzoeksvraag voldoende precisie heeft en dat operationalisering van de voornaamste elementen van de vraag plaatsvindt
- beperkingen van het onderzoek en het gekozen perspectief moeten worden verantwoord
- de onderzoeksvraag moet benoemd kunnen worden: is het een verkennende of verklarende vraag, een ontwerpende of evaluerende, een descriptieve of normatieve?
- de eis van vooronderzoek
- de eisen van diepgang en grondigheid.

Gelden al deze eisen onverkort voor alle vormen van publicatie? Niet echt; Vranken ziet een soort glijdende schaal (p. 70), waarbij de dissertatie aan de ene kant en de annotatie, de overzichtsartikelen en commentaren op wetsvoorstellen aan de andere kant staan.

In hoofdstuk 4 wordt vervolgens aandacht besteed aan hoe in de privaatrechtswetenschap met feiten wordt omgesprongen. Het zal niet als een verrassing komen dat Vranken, voortbouwend op Algemeen Deel** en ***, meent dat te weinig belangstelling voor feiten bestaat.⁵¹ Dat kan mogelijk verklaard worden doordat juristen zich niet thuis voelen in de wereld van feiten, maar als de onderzoeksvraag om een feitenanalyse vraagt, kan men er niet omheen. En eigenlijk is het in de voorafgaande probleemanalyse ook al onontbeerlijk: men moet de feiten kennen om te kunnen beoordelen of er werkelijk sprake is van een maatschappelijk probleem dat om onderzoek vraagt.

In hoofdstuk 5 worden bronnenverzameling, -verwerking en -verantwoording aan de orde gesteld. Het hoofdstuk kan direct gekoppeld worden aan de verantwoordingseisen die Vranken in hoofdstukken 3 en 4 aan privaatrechtsonderzoek stelt. Vranken introduceert hier een aantal 'krijtlijnen' voor verantwoording van bronnen, data en hun gebruik (p. 133 e.v.). Het zijn geen eisen maar perspectieven op de materie. Ik vond het niet het scherpste hoofdstuk omdat het voor mijn gevoel erg schetsmatig was⁵² en er zaken werden behandeld waarvan mij niet op slag duidelijk was wat ze met die krijtlijnen te maken hadden (zoals belangenverstrengeling) en omdat het hoofdstuk begint met bronnenverantwoording maar eindigt met spelregels en goede praktijken voor de beoordeling van de kwaliteit van onderzoek als zodanig.⁵³

In dit deel komt Vranken tot de stelling dat de onderzoeksvraag leidend is en de onderzoeker daar verantwoording over moet afleggen. De onderzoeker moet tegendenken, vindt Vranken: niet bevestiging zoeken maar weerlegging. In juridisch-dogmatisch onderzoek gebeurt dat nooit en publicaties zijn integendeel vaak in betogende zin gericht op het resultaat, zoals wijziging van het recht, en niet op theorievorming.

⁵¹ Bijv. p. 117.

⁵² Vranken lijkt dit ook toe te geven op. 254, waar hij aangeeft dat de krijtlijnen nog scherpste missen.

⁵³ Zo wordt op p. 162-163 onder het kopje 'meer dan één bronverwijzing' een voorbeeld genoemd van een onderzoek naar art. 3:12 BW dat kennelijk genoeg nam met één uitspraak van de Hoge Raad en die uitspraak niet problematiseerde. Zoals ik het voorbeeld begrijp, is dit in de ogen van Vranken niet een voorbeeld van onvoldoende bronnen maar van de verkeerde onderzoeksvraag. De vraag 'hoe legt de Hoge Raad art. 3:12 BW uit' is kennelijk irrelevant.

Een andere belangrijke ‘krijtlijn’ betreft de rol van bronnen. Wat Vranken over volledigheid van bronverwijzingen zegt, is erg genuanceerd.⁵⁴ Bronnen moeten controleerbaar, relevant en objectiveerbaar zijn, maar het hangt van tal van factoren af hoe men met bronnen moet omgaan: volledige bronnenverwerking en -verwijzing is eigenlijk niet mogelijk en ook niet altijd nodig. Anderzijds moet er meer dan één bron gebruikt worden, ze moeten relevant zijn en onbevooroordeeld (“aan de literatuurlijst mag niet afgelezen kunnen worden aan welke onderzoeksgroep de auteur verbonden is”⁵⁵). Mag men bronnen weglaten? Het niet noemen van essentiële bronnen is niet toegestaan, zoveel is duidelijk. Een betoog over de stand van de rechtspraak mag niet ophouden bij arrest X, als nadien nog andere arresten zijn gewezen die een ander licht op arrest X werpen. Betreft het echter de vraag naar de juiste interpretatie van rechtspraak, dan zal men andersluidende interpretaties soms wel en soms niet hoeven te noemen, aldus Vranken. Gaat men expliciet het debat met een ander aan, dan moet men die ander correct en volledig weergeven.⁵⁶

5. Wat is kwaliteit?

Eén van de ‘krijtlijnen’ van hoofdstuk 5 gaat over kwaliteit van de publicatie. Voor Vranken is inhoudelijke kwaliteit gelegen in: grondigheid, degelijkheid, creativiteit, kennis, vakmanschap, vooruitziende blik, intuïtie, inzicht.⁵⁷ Die factoren hangen samen met de kernwaarden van onderzoekers: onafhankelijkheid, onpartijdigheid, openheid, integriteit, vertrouwen, ordelijk denken, controleerbaarheid, objectiviteit, integriteit, betrouwbaarheid, eerlijkheid, vakmanschap, externe maatschappelijke verantwoording.⁵⁸

Bij de bespreking van verschillende ‘krijtlijnen’ van omgaan met bronnen in hoofdstuk 5, gaat Vranken nader in op kwaliteit.⁵⁹ ‘Kwaliteit is het enige dat telt en het enige dat onderscheidend vermogen heeft. (...) Al het onderzoek, van welk type ook, is in beginsel even waardevol’,⁶⁰ zo schrijft hij op bijna bezwerende wijze. Alles kan goed zijn, ongeacht soort onderzoek, taal, publicatievorm. Goed onderzoek is niet altijd sexy, veel geciteerd, subsidiabel. Het gaat Vranken niet om wie de meeste prijzen wint, de meeste citaties krijgt, maar om ‘intrinsieke inhoudelijke kwaliteit’.⁶¹

Maar om dan te definiëren *wat* goed is, daarvoor heeft men een normatief kader nodig. Vranken heeft het Ei van Columbus ook niet. Hij formuleert als kwaliteitseisen voor publicaties: een duidelijke onderzoeksvraag, nieuwheid, diepgang en grondigheid bij het verzamelen, selecteren en interpreteren van bronnen, controleerbare verantwoording en coherente conclusie.⁶² Ik vind het ook nog niet zo makkelijk om de uitgangspunten en ‘krijtlijnen’ die Vranken behandelt, voor mijzelf te conceptualiseren en operationaliseren. Wat is bijvoorbeeld een ‘nieuwe’ onderzoeksvraag in een discipline waar alles betrekkelijk is,

⁵⁴ P. 136 e.v.

⁵⁵ P. 162.

⁵⁶ Wat ik in dat licht niet begrijp, is waarom Vranken zélf op p. 155 onmiskkenbaar wijst op publicaties van Van Dunné, die te veel zou hebben gelezen in het Natronloog-arrest (hetgeen hij n.m.m. inderdaad heeft gedaan), maar er geen enkele verwijzing naar de betreffende bron plaatsvindt. Het gaat o.m. om de discussie tussen J.B.M. Vranken, ‘Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodem-verontreiniging uit het verleden’, WPNR 5953-5955 (1990) en J.M. van Dunné, ‘Een kamikaze-actie op de Rotte’, WPNR 5976 (1990).

⁵⁷ Zie p. 40; p. 49.

⁵⁸ Zie p. 50.

⁵⁹ P. 177 e.v.

⁶⁰ P. 184.

⁶¹ P. 182.

⁶² Aldus samengevat op p. 187 nt. 2.

waar herkauwen (niet te verwarren met reproduceren) een gelegitimeerde bezigheid kan zijn⁶³ en waar ideeën en stromingen niet aan landsgrenzen zijn gebonden en dus al snel geconstateerd moet worden dat in grotere landen als Duitsland al over het probleem is nagedacht?

Voor onderzoekers en bestuurders is natuurlijk de vraag of en hoe men deze factoren op zo simpel mogelijke wijze kan meten zodat kwaliteit zichtbaar wordt. In de Nederlandse privaatrechtswetenschap bestaat, zo is mijn indruk, geen gedeelde visie op wat kwaliteit is, laat staan hoe men daar rangorde in zou kunnen aanbrengen. En men doet ook niet zijn best om die visie te ontwikkelen. Te vaak hoor ik bestuurders en rechtswetenschappers redeneren: omdat rechtswetenschap een kruispuntwetenschap is, hoeven we geen gedeelde visie te hebben op wat goede rechtswetenschap is. Misschien verklaart die houding wel de tot op heden gangbare methode van onderzoeksvisite van het ‘met de hand wegen’ van (geselecteerde) publicaties en aantallen turven. Alle verbeteringsvoorstellen, pogingen om kwaliteit te benadrukken en te verbeteren, zijn dus op drijfzand gebaseerd, zo meent Vranken.⁶⁴ Dat betekent niet dat Vranken meent dat *anything goes*, want Vranken zelf heeft een duidelijke lijst van kwaliteitseisen. Maar daarmee hebben we naar mijn mening nog geen door privaatrechtswetenschappers gedeelde methodologie voor het vaststellen van kwaliteit.

Als ik dit overzie, biedt Vranken geen enkele weg uit het moeras. Hij ziet kennelijk niets in een kwantitatieve benadering. “Bibliometrie garandeert allerm minst objectiviteit”, zo schrijft hij.⁶⁵ Ik snap die opmerking niet. Bibliometrie is niets meer of anders dan de kwantitatieve analyse van wetenschappelijke publicaties. Het kan gaan om het meten van het aantal keren dat publicatie X, onderzoeker Y of tijdschrift Z wordt geciteerd in andere publicaties. Maar bibliometrie kan bijvoorbeeld ook aantonen dat er verschil is tussen Algemeen Deel**, *** en **** wat betreft de verhouding van verwijzing naar Nederlandstalige, Engelstalige, Duitstalige en Franstalige literatuur:

Taal <i>uitgedrukt als % van totaal aantal verwijzingen</i>	** (1995) <i>Aantal publicaties waar naar wordt verwezen = 298</i>	*** (2005) <i>Aantal publicaties waar naar wordt verwezen = 303</i>	**** (2014) <i>Aantal publicaties waar naar wordt verwezen = 348</i>
Nederlands	88,6 %	71,3	57,2
Engels	5,7	24,4	39,1
Duits	5,7	2,6	3,4
Frans	0	1,7	0,3

Tabel 1 - taal van de gebruikte literatuur

Dat lijkt me toch redelijk objectief. Ik durf de stelling wel aan dat Vranken in de onderzochte bronnen gemeten over de afgelopen twintig jaar, in toenemende mate Engelstalige bronnen is gaan gebruiken als bronnenmateriaal. Daar is niets subjectiefs aan. Als het meetinstrument betrouwbaar is, is de meting objectief. Ik denk daarom dat Vranken hier niet objectiviteit, maar de *constructvaliditeit* van bibliometrie ter discussie wil stellen. De vraag daarbij is: *wat* meet men als men aan bibliometrie doet? Is het aantal malen dat een juridische publicatie wordt geciteerd een goede indicator (*proxy*) voor het verborgen construct ‘kwaliteit’? Het antwoord voor de privaatrechtswetenschap luidt vermoedelijk: geen idee. Het enige dat je met

⁶³ In de geschiedkunde is bijvoorbeeld ‘herkauwen’ van bestaande kennis een gangbare wijze van onderzoek doen. Zie bijv. de hermeneutisch-historische benadering, waarover C. Lorenz, *De constructie van het verleden*, Amsterdam: Boom 1998, p. 77.

⁶⁴ P. 182-183.

⁶⁵ P. 178.

zekerheid weet als je citaties telt, is dat je een objectieve meting van aantallen citaties hebt. Of citaties een *proxy* zijn voor kwaliteit, hangt af van de definitie van kwaliteit, van wat in de praktijk redenen zijn om een stuk te citeren en of we op dat punt gedeelde normen hebben voor citeren.⁶⁶ En dat alles komt dus neer op de methodologie: wat beschouwt het forum als goede wetenschap, en sluiten de regels rondom citatie aan bij dat idee van wat goed is? Zo zijn we weer terug bij af. De privaatrechtswetenschap heeft geen vastomlijnde regels over citatie, en dus is een objectieve meting van citaties niet aantoonbaar meer dan dat.

De oplossing begint dus misschien, zo zou ik willen opperen, met een debat over wat maakt dat men anderen (en zichzelf) citeert. Omdat we als privaatrechtswetenschappers geen gedeelde norm hebben die bepaalt waarom we een bepaald stuk literatuur wel of niet citeren, en dus geen duidelijke citatiecultuur, kunnen we ook niet goed bepalen wat we doen als we citaties tellen. Mijn indruk – maar het zou grondig onderzocht moeten worden – is dat rechtspositivisten in de privaatrechtswetenschap een publicatiecultuur hebben die vooral op ‘positieve autoriteit’ is gebaseerd: als andere juristen het niet eens met je zijn, citeren ze je stuk gewoon niet. En als ze de moeite nemen om dat wel te doen, ook al zijn ze het niet met je eens, doen ze je stuk af als ‘niet in overeenstemming met geldend recht’ of kortweg als ‘anders’. Alleen bij het recenseren en het annoteren kom je er als rechtspositivist niet goed onderuit om je oordeel over het te recenseren stuk of te annoteren arrest te formuleren. Alleen daarom al zijn deze twee publicatievormen naar mijn mening van belang. Vranken zal die conclusie onderschrijven, vermoed ik.

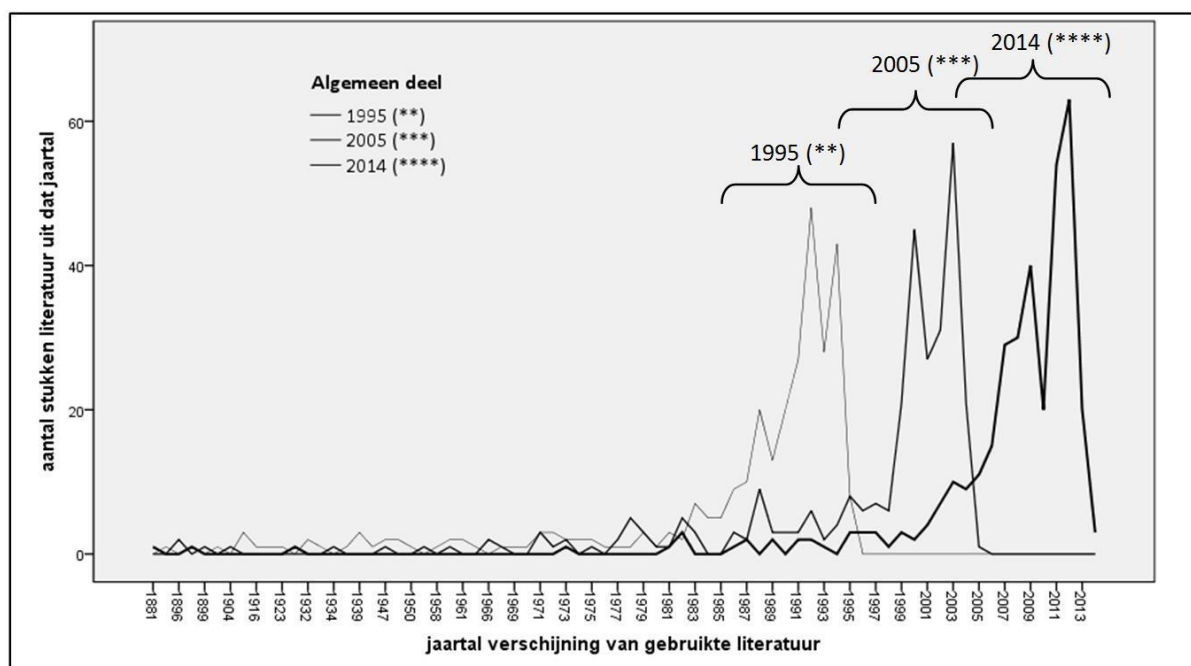
Ik durf naar aanleiding van het boek van Vranken nog een andere veronderstelling aan: juristen hebben, als het gaat om citeren, de neiging om recentere literatuur te verkiezen boven oudere. En het bewijs voor die veronderstelling heb ik bij Vranken in elk geval gevonden. Ik nam alle 949 stukken literatuur waar Vranken in zijn drie boeken naar verwijst en rangschikte die verwijzingen op jaartal van verschijning. Zo kan men zien (Figuur 1) dat in alle drie de boeken nauwelijks verwijzingen naar vooroorlogse literatuur plaatsvindt en dat de literatuurverwijzingen ‘kleven’ in de richting van een periode van pakweg 5-10 jaar voorafgaand aan publicatie van het betreffende Algemeen Deel.⁶⁷ Bij wijze van voorbeeld: figuur 1 laat zien dat in Deel*** (2005) naar 45 publicaties uit het jaar 2000 wordt verwezen, terwijl in Deel**** (2014) nog maar 2 publicaties uit het jaar 2000 zijn te vinden.⁶⁸

⁶⁶ Vgl. over deze vragen in verband met bibliometrie bijv. ook J.B.M. Vranken en R.A.J. Van Gestel, 'Het dilemma bij de beoordeling van rechtswetenschappelijke publicaties', *Ars Aequi* 2010, p. 166 e.v. en R. Van Gestel en J. Vranken, 'Assessing Legal Research: Sense and Nonsense of Peer Review versus Bibliometrics and the Need for a European Approach', *German Law Journal* 2011, p. 901 e.v.

⁶⁷ Van de in totaal 949 verwijzingen was de percentuele verdeling als volgt: ** = 31,4%, *** = 31,9%, **** = 36,7%. Wat betreft jaartallen van de verwijzingen was de mediaan (de middelste meting): ** = 1991 (mean=1984), *** = 2000 (mean=1995), **** = 2009 (mean=2006).

⁶⁸ Figuur 1 geeft absolute aantallen stuks literatuur aan. 45 publicaties uit het jaar 2000 in Deel *** (2005) is 14,9 % van het totaal aantal stuks literatuur in dat boek. De 2 publicaties uit het jaar 2000 waar naar wordt verwezen in Deel **** (2014) zijn 0,6 % van het totaal aantal stuks literatuur in dat boek.

Figuur 1 literatuurverwijzingen gespreid naar jaartal van verschijning

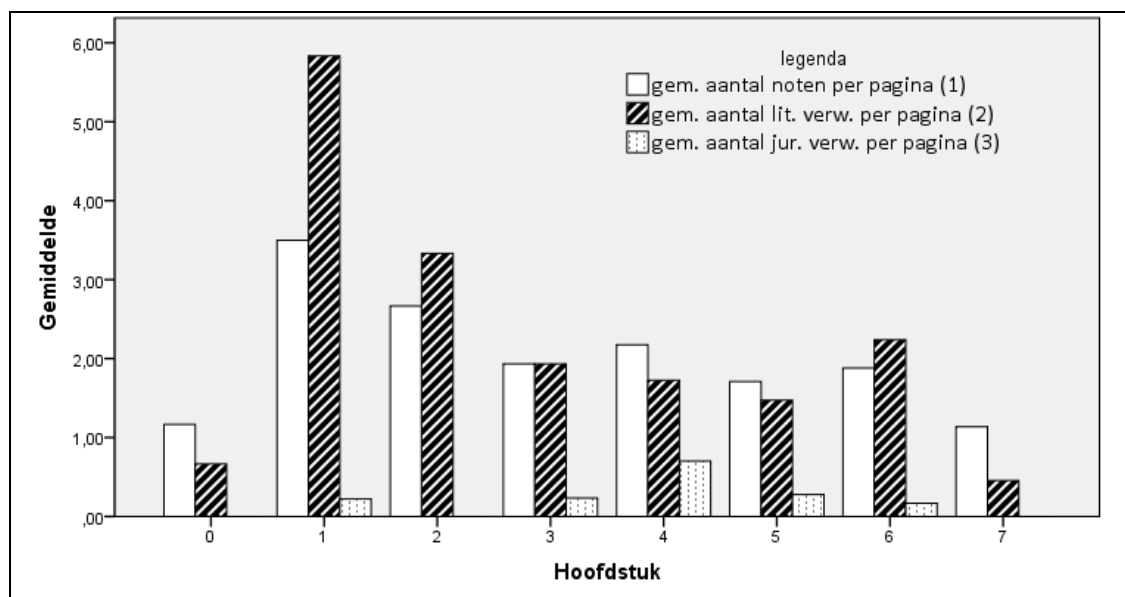


De vraag is wat die ‘kleef’ verklaart. Is Vranken hier uniek in? Of is sprake van een gedeelde citatiecultuur in de privaatrechtswetenschap die ervan uitgaat dat de meest recente ideeën de beste zijn? Of gaat het niet om ideeën, maar citeren we de meest recente literatuur omdat die de stand van het wetenschappelijk debat weergeeft (en is dat zo)? Of is het gewoon het recentheidseffect: de onderzoeker houdt zijn vak bij, leest dus vooral wat recent is verschenen en dat laat de diepste indruk achter bij de onderzoeker? Vragen die voor mijn gevoel nader onderzoek vergen naar citatiecultuur in de privaatrechtswetenschap en hoe wij onze jonge onderzoekers daarin onderrichten.

6. Bronnenverantwoording

Hetgeen Vranken schrijft over kwaliteit en over het verband met de omgang met bronnen en bronnenverantwoording, zet aan tot overdenking. Zozeer zelfs, dat ik me er op betrapte toenemend kritisch te worden over de bronnenverantwoording van Vranken zélf. Met name waar hij voorbeelden noemt om zijn betoog te onderbouwen of illustreren, kreeg ik de indruk dat er weinig en atypisch werd verwezen. Bovendien had ik de indruk dat naarmate het betoog minder voeten onder de grond had en meer zoekend en aftastend werd (bijv. de ‘krijtlijnen’ in hoofdstuk 5), er minder vertrouwd werd op bronnen en meer op eigen inzicht. Die indruk kon ik eenvoudig onderzoeken. Men zou, zonder kennis te hebben van de inhoud van een willekeurig wetenschappelijk boek, als veronderstelling kunnen formuleren dat het aantal pagina’s per hoofdstuk zou moeten covariëren met het aantal voetnoten, rechtspraakverwijzingen en literatuurverwijzingen. Bij Vranken werkt het anders. Men leze figuur 2.

Figuur 2 verdeling van pagina's, voetnoten en verwijzingen



Daarin staan op de x-as de inleiding (0) en de zeven hoofdstukken van het boek. Bij elk van deze hoofdstukken staan drie staven. Die drukken achtereenvolgens steeds uit: het gemiddeld aantal voetnoten per pagina (staaf 1); het gemiddeld aantal literatuurverwijzingen per pagina (staaf 2); het gemiddeld aantal rechtspraakverwijzingen per pagina (staaf 3).⁶⁹ In de figuur valt op, zo is met het timmermansoog te zien, dat er in hoofdstuk 1 in vergelijking tot de andere hoofdstukken relatief veel voetnoten en (dus?) literatuurverwijzingen zijn. In hoofdstuk 2 ontbreken rechtspraakverwijzingen maar zijn er veel literatuurverwijzingen. In hoofdstuk 4 springen rechtspraakverwijzingen er juist uit. In hoofdstuk 4 en 5, de hoofdstukken over feitenverzameling en bronnenverantwoording, zijn er relatief weinig literatuurverwijzingen. Als men in gedachten een lijn trekt langs staaf 2 van hoofdstuk 1 naar hoofdstuk 6, zou men mijn indruk bevestigd kunnen zien dat Vranken bij het onderdeel 'krijtlijnen' een zoekende stijl aanneemt, waar minder houvast in de literatuur wordt gevonden en meer in het eigen oordeel.

7. Stellig

Eén van de kenmerken van civilisten, aldus Algemeen Deel***, is dat ze hun oordelen geen (robuuste) feitelijke grondslag geven.⁷⁰ Voor privaatrechtswetenschappers geldt dat zij via de eisen die aan onderzoeksvraag en argumentatiewijze worden gesteld, gehouden zijn om die feitelijke grondslag deugdelijk te onderzoeken.⁷¹ Maar Vranken is zelf soms ook behoorlijk stellig en niet-feitelijk in zijn betoogtrant. Men treft in het boek namelijk ook uitspraken van het type 'er is steeds meer/minder/vaker/minder vaak/nooit sprake van dit of dat'. Die treed ik met voorzichtige scepsis tegemoet. Dergelijke uitspraken kunnen juist zijn, maar plausibel is

⁶⁹ Steeds werden dus per hoofdstuk geteld: het aantal voetnoten, het aantal literatuurverwijzingen (niet uniek) en het aantal rechtspraakverwijzingen (niet uniek).

⁷⁰ Algemeen Deel***, p. 48 e.v.

⁷¹ P. 110-111.

niet gelijk aan onderbouwd, laat staan bewezen.⁷² Ook in de voorbeelden waar het boek mee doorspekt is, viel me een aantal keren op dat ze stellig maar niet goed onderbouwd waren. Ik sta ter illustratie stil bij een voorbeeld. Op p. 31 e.v. stelt Vranken terecht de bruikbaarheid van uitkomsten van onderzoek uit andere disciplines ter discussie. Feiten dicteren geen normen,⁷³ dus als cognitieve psychologie laat zien dat consumenten in een experiment door de wijze van informatieverschaffing op het verkeerde been geraakten, wil dat nog niet zeggen dat de wetgever regels moet stellen die dit voorkomen of dat de rechter consumenten tegemoet dient te komen. Dat kan ik invoelen; niets *moet*. Maar zo stellig als Vranken het naar aanleiding van de Dexia-zaken formuleert, is het andere uiterste. Hij zegt dat het goed verdedigbaar is om te accepteren dat consumenten de gevolgen van hun ‘gedeeltelijk structureel irrationeel handelen’ in beginsel zelf moeten dragen. Want, aldus Vranken:

*“Kiest men daarvoor niet, dan zouden consumenten altijd beschermd worden, omdat wat de aanbieder ook doet en welke informatie hij ook aanreikt, hij de consumenten toch nooit helemaal kan bereiken. Het zou neerkomen op een risicoverdeling waarbij aanbieders van financiële producten alleen maar nieten trekken. Willen wij dat? Neen, en niet alleen omdat eigen verantwoordelijkheid als morele categorie voorop moet staan, maar tevens omdat het aanbieders zou kunnen weerhouden te handelen in financiële producten. Dat is slecht voor de markt die op Europees niveau een factor van betekenis is, want de informatieplichten jegens consumenten strekken op Europees niveau (ook) tot het bevorderen van het vertrouwen in de integriteit van financiële markten en marktpartijen. Zonder vertrouwen kan de financiële wereld niet functioneren.”*⁷⁴

Vranken trekt hier fel van leer, maar onderbouwt niet en gaat m.i. in meerdere opzichten te kort door de bocht. Ik onderschrijf zeker de kern van het betoog: kennis van feiten die men ontleent aan andere disciplines, geven geen richting aan de normatieve keuzes in het recht. Feiten dicteren geen normen.

Maar wat opvalt, is dat Vranken het debat niet goed weergeeft en onbewezen causaal mechanismen poneert. Het betoog begint met de normatieve vaststelling dat consumenten de gevolgen van hun eigen handelen in beginsel gedeeltelijk zelf moeten dragen. Dat mag men natuurlijk vinden (en ik ben het er tot op zekere hoogte zelfs mee eens), maar in een boek over methoden van onderzoek verwachtte ik niet een dergelijk stellige en algemene normatieve uitspraak. Bovendien gaat in mijn beleving het debat over informatieverplichtingen in het consumentenrecht op dit punt vooral over de vraag welke informatie idealiter gegeven moet

⁷² Mijn redactioneel ‘Privaatrecht: we stellen te veel en vragen te weinig’, NTBR 2007, p. 137 richtte zich dus niet alleen tegen studenten, maar ook tegen uitspraken als: Er is sprake van een *nooit eerder* vertoonde pluriformiteit in het rechtswetenschappelijke beoefening van het privaatrecht (p. 4); het gebruik van multidisciplinaire inzichten in juridisch-dogmatisch onderzoek vindt momenteel *vaker* plaats in dissertaties, oraties en bundels dan in tijdschriftartikelen (p. 20); *de meeste* civilisten hebben nog steeds weinig belangstelling voor wetgevingsvragen (p. 9 nt 5); rechtseconomie (...) is in Nederland niet echt doorgebroken (p. 219). Vranken suggereert ook dat *de meeste* van de vakken algemene rechtsleer, rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking, rechtsfilosofie, methodologie, empirische rechtswetenschap, rechtseconomie en rechtspsychologie veelal ontbreken in de juridische opleiding (p. 16).

⁷³ Vertaling van feit naar norm vergt meer dan feiten, zo ook terecht Vranken op p. 231. Vgl. voor een verkenning van de mogelijkheid om ‘veilig over te steken’ van feiten naar normen op dit punt ook I. Giesen, ‘Het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat’, in: G. Van Dijck e.a. (red.), *Cirkels - Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer Kluwer 2013, p. 217 e.v. en uitbreider, met verwijzingen naar eerdere (buitenlandse) discussie over dit onderwerp, I. Giesen, ‘The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning’, *Utrecht Law Review* 2015, p. 1 e.v.

⁷⁴ Citaat op p. 33.

worden en hoe het recht er voor kan zorgen dat de informatie die gegeven wordt c.q. moet worden, op een zodanige *wijze* en op zodanig *tijdstip* wordt gegeven dat deze optimaal bijdraagt aan zinvolle besluitvorming door de gemiddelde consument. Natuurlijk kunnen we dan discussiëren over de vraag wat ‘zinvol’ is, op welk type ‘gemiddelde consument’ de regelgever of rechter zich moet richten, of informatieverplichtingen ten aanzien van hypotheek hetzelfde moeten zijn als ten aanzien van wasmachines, en dergelijke vragen meer. Maar zijn er echt auteurs die betogen, zoals Vranken suggereert, dat consumenten toch altijd en overal onbereikbaar blijven vanwege hun ‘irrationaliteit’ en dat alle risico’s van die onbereikbaarheid dus volledig bij aanbieders horen te liggen? Ik geloof dat het debat toch wel wat genuanceerder en contextueler is dan dat.⁷⁵

In het citaat wordt bovendien, zo begrijp ik de tekst, een causaal mechanisme verondersteld dat nader onderzoek verdient. Is er verband tussen de intensiteit van aansprakelijkheid voor verzaken van informatieverplichtingen en ‘defensief’ gedrag van aanbieders van financiële producten? Ik ken daar geen studies naar, en Vranken noemt ze ook niet.⁷⁶ Ten slotte wordt een verband gesuggereerd tussen verminderd aanbod van financiële producten en vertrouwen (wiens?) in de integriteit van markt en marktpartijen, waar ik niet zo snel het causale mechanisme van kan doorzien. Dit voorbeeld besprak ik in detail om te tonen dat de voorbeelden die Vranken geeft, soms nadere uitwerking of onderbouwing behoeven. Of in elk geval weerspraak opriepen bij deze recensent. Ik had bij lezing daarom wel eens behoefte aan een pauze, een nuancering, een verwijzing of – waar van toepassing – een signaal van de schrijver dat het zijn persoonlijke opvatting danwel een plausibele maar nader te onderzoeken bewering betrof.

8. De gekwadraterde cirkel rond

Ik schreef het al aan het begin van deze recensie: het lezen van dit boek was een intense ervaring. Vranken schrijft uitstekend en boeiend. Het boek is een prestatie van formaat. Maar tegelijk riep het boek bij mij ook dermate veel associaties, tegenwerpingen, vraagtekens en soms fundamentele vragen op over de Nederlandse rechtswetenschappen, dat ik het nu en dan terzijde moest leggen om mijn gedachten te ordenen en vormen. Het boek confronteerde mij met mijn eigen onhebbelijkheden en vooringenomenheden, het daagde me uit en scherpte mijn gedachten. Dat is een welgemeend compliment voor de auteur. Maar ik ergerde me soms ook aan het boek. Gelukkig komt alleen maar lof nauwelijks voor, en dat is niet erg, aldus ook Vranken: wetenschap ís scepsis, kritiek en debat.⁷⁷ Die scepsis, kritiek en debat kwamen in het voorgaande aan de orde.

Is met de drie delen inderdaad de cirkel rond, zoals Vranken suggereert? De advertentietekst bij het boek spreekt over ‘sluitstuk’, ‘trilogie’, de ondertitel over ‘synthese’. De

⁷⁵ Bovendien is de werkelijkheid van het financiële (bestuurs)recht (Wft) dat de regulering van financiële producten – zowel op inhoud als informatieverzorging – de laatste pakweg tien jaar sterk geïntensiveerd is en dat sommige producten om die reden inderdaad niet meer aangeboden worden aan consumenten. In die zin waren de Dexia-zaken al juridische ‘obductie’. In het financieel consumentenrecht is dus al sprake van een verschuiving van individuele verantwoordelijkheid naar een meer paternalistische benadering. Ik verwijs voor conceptualisering en operationalisatie van de begrippen ‘autonomie’ en ‘paternalisme’, met verwijzing naar relevante literatuur, graag naar Van Boom c.s., *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, BJU 2008, p. 252 e.v.

⁷⁶ Ik wijs er op dat Vranken op p. 193-194 wél de preventieve werking van toezichthoudersaansprakelijkheid betwist omdat, aldus Vranken, een exclusief direct causaal verband bijna nooit aan te tonen is en omgevingsfactoren beslissender zijn. Het argument van preventieve werking heeft daarmee bezwerende en retorische kracht, maar geen reële, aldus Vranken. Het mag daarom van hem in de ban worden gedaan.

⁷⁷ P. 134-135.

advertentietekst suggereert dat het boek een ‘nuchtere, stap-voor-stapanalyse [bevat] van wat rechters en rechtswetenschappelijke onderzoekers in het privaatrecht doen’. Het is toch meer dan dat, denk ik. Ik zie naast de stap-voor-stap analyse van wat (rechters, maar met name) onderzoekers *doen*, ook heel erg doorschemeren wat ze zouden *moeten* doen. Nuchter is het boek zeker, maar bij lezing kwamen bij mij ook de volgende associaties op: scherp en uitdagend, vaak breed en soms irritant smal of apodictisch, bij vlagen onverwacht fel, altijd enthousiast en optimistisch toekomstgericht, soms teleurgesteld, vrijwel altijd bescheiden en zoekend, en altijd uitnodigend. In dat opzicht is de cirkel rond, kwadratuur of niet, want deze epitheta kenmerken niet alleen dit boek maar het gehele academische portfolio van Jan Vranken.